

Pontificia Universidad Javeriana Cali
Seminario de Investigación III. Maestría en Derecho Empresarial
CASO HIPOTÉTICO EN CONTEXTOS GLOBALIZADOS
“FRESH DRINK COMPANY VS REPÚBLICA DE COLOMBIA”

Elaborado por: Daniela Laguna Guerrero y Diego Camilo Quijano

DISCIPLINAS DEL DERECHO EMPRESARIAL:

- Derecho Internacional Privado.
- Derecho Internacional Público.
- Régimen de Comercio Exterior.
- Contratación Internacional
- Arbitraje internacional de inversiones

CASO HIPOTÉTICO:

1. LAS PARTES:

1.1. EXPOSUGAR AGROINDUSTRIAL, (en adelante EXPOSUGAR) es una sociedad comercial de derecho privado fundada en el año 1950, constituida de conformidad con la legislación de la República de Colombia, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C y dedicada a la explotación agroindustrial, producción y exportación de azúcar de caña refinado de alta fineza.

Exposugar es una compañía que propicia e impulsa la creación y el desarrollo de empresas sostenibles dedicadas a la producción de productos derivados del azúcar, suministrando el insumo principal (azúcar) a un precio muy competitivo y con flexibilización en el pago.

1.2. FRESH DRINK COMPANY (en adelante FRESH DRINK) es una sociedad comercial de derecho privado creada en el año 1993, constituida de conformidad con la legislación de la República del Cauca, domiciliada en la ciudad de Patavilla según documento de Certificación de existencia de la Compañía, cuyos accionistas se encuentran domiciliados en la República del Cauca, es una sociedad dedicada a la producción de bebidas azucaradas y confitería, cuenta con una planta de producción principal ubicada en la República del Cauca, específicamente en su capital, la Ciudad de Providencia, desde la cual despacha la mercancía a sus clientes y realiza la facturación de pedidos.

Fresh Drink es una compañía pionera en su área de influencia, pues cuenta con 100 sedes y centros de distribución, que le permite llegar al 98% del territorio nacional.

1.2.1 ULTRAFRESH es el principal producto de FRESH DRINK COMPANY, toda vez que ha logrado consolidarse como la bebida gaseosa más azucarada y más vendida en la República del Cahoz y en la República de Colombia en sus tres presentaciones, pues se comercializa en tiendas, restaurantes y máquinas expendedoras en más de 2.500 puntos tanto al interior como al exterior del país.

Dentro de las presentaciones del producto se encuentran las siguientes:

Presentación	Mililitros	Cantidad de azúcar (gramos)
Botella plástica mini	400 ml	45 gr
Botella plástica personal	800 ml	90 gr
Botella plástica familiar	1.600 ml	180gr

1.3. REFRESK-T S.A.S. (en adelante REFRESK-T) es una sociedad comercial de derecho privado creada en el año 1998, constituida de conformidad con la legislación de la República de Colombia, domiciliada en la ciudad de Medellín, dedicada a la producción de bebidas azucaradas y confitería, con una planta de producción en el lugar de su domicilio.

1.2.2 REFRESCOL es un producto de la empresa REFRESK-T S.A.S., el cual ha logrado consolidarse como la segunda bebida gaseosa más azucarada y más vendida en la República de Colombia en sus tres presentaciones, pues se comercializa en tiendas, restaurantes y máquinas expendedoras en más de 900 puntos tanto al interior como al exterior del país.

Dentro de las presentaciones del producto se encuentran las siguientes:

Presentación	Mililitros	Cantidad de azúcar (gramos)
Botella plástica mini	450 ml	30 gr
Botella plástica personal	900 ml	60 gr
Botella plástica familiar	1.600 ml	120 gr

1.4. LA REPÚBLICA DE COLOMBIA es un país soberano, situado en Sur América, constituido como República unitaria, cuyo sistema de gobierno es democrático, su capital es Bogotá D.C, además ha ratificado la Convención del CIADI de 1966 en 1997 y es conocido como un país cuya salud pública y el bienestar social, son temas de relevancia nacional, pues existe un indicador que expresa una prevalencia de personas con exceso de peso del 56,4 %, según la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia

ENSIN, la cual fue elaborada con un patrón de referencia de la Organización Mundial de la Salud en 2015¹

Así mismo, en la República de Colombia existe la ley 1355 de 2009, a través de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a la obesidad, como una prioridad de salud pública y se adoptaron medidas para su control, atención y prevención.

1.5. LA REPÚBLICA CAHOZ es un país soberano, situado en el continente centro americano, constituido como Estado Unitario, cuya forma de gobierno es presidencialista, su capital es la Ciudad de Providencia, ha ratificado la Convención del CIADI de 1966 y es conocido como un país con alta presencia industrial, pues en su territorio se encuentran reconocidas plantas de producción de importantes marcas a nivel mundial.

1.6. LA REPÚBLICA DE DANQUI es un país soberano, situado en Norte América, constituido como Estado Unitario, cuya forma de gobierno es presidencialista, su capital es la Ciudad Patvillage, no ha ratificado la Convención del CIADI de 1966 y se caracteriza por ser un país en el que la legislación flexible con tendencia hacia la garantía de los derechos de los comerciantes.

2. DESCRIPCIÓN NARRATIVA:

2.1. El 20 de octubre de 2015, el Sr. Samuel Martín Eggas, Chief Executive Officer (CEO) de la empresa EXPOSUGAR, sostuvo una conversación en la ciudad de Providencia con el Sr. Jhon Steve Claiton, en su momento Embajador de Marca de la empresa FRESH DRINK, a quien le ofreció sus servicios como exportador de azúcar, otorgándole un precio competitivo dentro de su área de influencia, lo que le permitiría a FRESH DRINK, obtener una mayor utilidad y mejor eficiencia en sus procesos operativos, pues EXPOSUGAR era conocida por la calidad de su producto, registrando el mayor nivel de ventas en el país.

2.2. Motivado por los beneficios que EXPOSUGAR podría otorgarle al producto final que comercializa FRESH DRINK, el día 31 de octubre de 2015, las dos empresas llegaron a un acuerdo y celebraron el Contrato de Suministro No. 1520 de 2015, el cual fue elaborado por los consultores legales de ambas empresas, durante una larga jornada de negociación contractual que duró 11 días continuos.

¹ Existe una prevalencia en adultos de 18 a 64 años con sobrepeso de 37,7 % y obesidad de 18,7 %, por lo que se ha convertido en un problema en salud pública en el país", expuso Cadena. En la primera infancia, la mayor prevalencia de exceso de peso se observa en los niños (7,5 %) comparados con las niñas (5,1 %). En niños y niñas de 5 a 12 años afecta a dos de cada diez individuos (24,4 %). En adolescentes se pasó de 15,5 % en el 2010 a 17,9 % al 2015. Por sexo, la mayor proporción de exceso de peso es en las mujeres adolescentes (21,1 %). - Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia ENSIN. Patrón de referencia OMS, 2015

2.3.En el contenido del contrato de suministro suscrito entre las partes, se pactaron, entre otros acuerdos, los siguientes:

- a.** La compañía EXPOSUGAR se obligó a suministrarle a la Empresa FRESH DRINK, la cantidad de Diez Mil (10.000) toneladas de azúcar bimestralmente, la cual, al corresponder a la materia prima con la que la compañía FRESH DRINK fabrica su producto denominado “UltraFresh” y todos los demás productos que comercializa, convirtiéndose así en su proveedor principal, lo que hacía el cumplimiento de este contrato en las condiciones señaladas, altamente relevante para la operación de FRESH DRINK.
- b.** La Compañía EXPOSUGAR se comprometió a realizar seis (06) envíos durante cada año, en los primeros cinco días de los meses de enero, marzo, mayo, julio, septiembre y noviembre.
- c.** Se pactó un pago a noventa días por el envío del azúcar.
- d.** La compañía EXPOSUGAR, se comprometió a entregar la mercadería en las instalaciones de la planta principal de FRESH DRINK COMPANY, ubicada en la República de Cahoz, a más tardar el día 6 de los meses convenidos, bajo el incoterm DPU 2022², publicado por la Cámara de Comercio Internacional.
- e.** El Contrato de suministro celebrado entre las compañías fue firmado por el Director Comercial de la empresa EXPOSUGAR en la República del Cahoz.
- f.** Las Partes acordaron que los precios se ajustarían de forma automática anualmente, teniendo en cuenta el nivel de inflación del año anterior de la República de Colombia y que podrían revisar y ajustar semestralmente los precios del producto, hacía arriba o hacia abajo, de ser solicitado y justificado por alguna de las Partes y que, en caso de llegar a acuerdo, la nueva lista de precios aplicaría para la siguiente anualidad.
- g.** Las Partes pactaron como norma aplicable la Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías, Convención de Viena de 1980, en todo lo que no estuviera regulado por el Incoterm.
- h.** Ambas Compañías acordaron que cualquier disputa que surgiera con relación al contrato, su ejecución y liquidación, o en conexión con aquel, sería sometida y resuelta, de manera definitiva, por medio del procedimiento de arbitraje internacional, bajo el procedimiento señalado en la Ley 1563 de 2012 de la

² Incoterm Delivered at Place Unloaded 2022 (DPU 2022), el cual establece que, la mercadería debe ser entregada y descargada en el lugar acordado por las partes, lo que implica que, el exportador se encarga de la logística, el costo y los riesgos, hasta el país de destino, incluyendo el embalaje de mercancías y carga al primer transporte, las maniobras en puerto o terminal del país de origen y trámites aduaneros, el transporte internacional y el arrastre al lugar acordado y descarga.

República de Colombia. Así mismo, se pactó que el número de árbitros sería tres, en cuanto a la sede del Tribunal sería cualquier Centro de Arbitramento ubicado en el domicilio del FRESH DRINK, el idioma del arbitraje sería el español, la ley sustancial aplicable sería la de la República de Colombia.

- 2.4.** En razón a la nueva alianza comercial entre EXPOSUGAR y FRESH DRINK COMPANY, esta última decidió ampliar la distribución de sus productos, en particular de ULTRAFRESH en el territorio colombiano a partir de enero de 2016, para lo cual se alió con las cadenas de supermercado más grandes, convirtiéndose en la bebida de mayor venta en el mercado colombiano desde 2017 hasta 2021, en las presentaciones “*botella plástica mini, botella plástica personal y botella plástica familiar*”, dejando en segundo lugar a su principal competidor, la empresa colombiana, REFRESK-T con su bebida RefresCol y a otras empresas nacionales, como se ilustra a continuación:

Empresa/marca	Nivel de ventas en millones de cajas (2016)	Nivel de ventas en millones de cajas (2017)	Nivel de ventas en millones de cajas (2018)	Nivel de ventas en millones de cajas (2019)	Nivel de ventas en millones de cajas (2020)	Nivel de ventas en millones de cajas (2021)
Fresh Drink Company/ (Ultrafresh)	1.560	1.834	2.399	2.687	2.000	1.988
REFRESK-T/ (RefresCoL)	2.023	1.789	1.567	1.456	1.345	998
La Colombianita/ (Colombianita)	787	654	643	455	401	345
Colombina de Bebidas S.A.S/ La Dulzura	234	201	198	199	100	54

- 2.5.** En razón al éxito en ventas del producto ULTRAFRESH y su alto consumo dentro del territorio colombiano, FRESH DRINK COMPANY procedió a registrar la marca ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, cuyo registro fue concedido el 13 de enero de 2017, bajo el expediente No. 03103687, con el fin de posicionar su marca.

- 2.6.** Entre la República del Cahoz y la República de Colombia, existe un Tratado de Libre Comercio (TLC) ratificado por ambas naciones en 2005, cuyo contenido es idéntico al “*Acuerdo para la Promoción y protección de Inversiones entre República de Colombia y la República de la India*” firmado el 10 de noviembre de 2009, salvo en los artículos que definen (i) la inversión, (ii) a los inversionistas y (iii) la resolución de disputas entre una parte contratante y un inversionista de la otra parte contratante, los cuales establecen:

“Artículo primero. Definiciones. Para efectos del presente Acuerdo se tendrán como:

- 1. Inversionista.** El término “inversionista” significa cualquier nacional o cualquier sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante:

(a) Por “nacional” se entiende una persona que, en el caso de la República del Cahoz sea un ciudadano de la República del Cahoz, y en el caso Colombia sea un nacional de Colombia de conformidad con sus respectivas legislaciones;

(b) por ‘sociedad’ se entenderá toda persona jurídica o cualquier otra entidad legal constituida o debidamente organizada de conformidad con las leyes de esa Parte Contratante que tenga su sede social en el territorio de esa misma Parte Contratante, tales como sociedades anónimas, colectivas o asociaciones empresariales

Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por una sociedad que sea propiedad o esté efectivamente controlada por inversionistas de la otra Parte contratante, se considerarán igualmente inversiones realizadas por la Parte Contratante, siempre que se hayan efectuado conforme a las disposiciones legales de la primera Parte Contratante.

2. **Inversión.** Se tendrá por inversión todo tipo de activos y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, aunque no exclusivamente, los siguientes: Acciones y otras formas de participación en el capital de una socie dad. Derechos derivados de todo tipo de aportaciones realizadas con el propósito de crear valor económico; se incluyen expresamente todos aquellos prestamos concedidos con este fin, hayan sido o no capitalizados. Bienes muebles e inmuebles, así como otros derechos reales tales como hipotecas, derechos de prenda, usufructos y derechos similares. Todo tipo de derecho de propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes, marcas comerciales y secretos comerciales, derechos para realizar actividades económicas y comerciales otorgados por la ley en virtud de un contrato, en particular los relacionados con el cultivo, extracción y explotación de recursos naturales y agrícolas.

“Artículo noveno. Resolución de disputas entre una Parte Contratante y un inversionista de la otra Parte Contratante.

1. Cualquier disputa entre un inversionista de una Parte Contratante y la otra Parte Contratante en relación con una inversión en el territorio de la otra Parte Contratante será resuelta, en la medida de lo posible de manera amigable. Cualquier diferencia deberá ser notificada con la presentación por escrito de una notificación de intención, al respectivo Ministerio de exterior o quien haga sus veces, incluyendo la información de los hechos y los fundamentos de derecho, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión.
2. Nada de lo previsto en este artículo se interpretará en el sentido de impedir que las Partes de una disputa, por mutuo acuerdo, acudan a una mediación o conciliación ad hoc o institucional, antes o durante el proceso arbitral.
3. Si la disputa no ha sido resuelta dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha de notificación escrita referida referida en el párrafo 1 de este artículo, ésta podrá ser remitida, a elección del inversionista a:
 - a) La corte competente de la Parte Contratante que es Parte de la disputa;

- b) El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), bajo las reglas del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington D.C el 18 de marzo de 1965.*
- c) Un tribunal de arbitraje bajo cualquier otra institución de arbitraje o cualesquiera otras reglas de arbitraje, acordado por las Partes Contratantes.*
- 4. Cada Parte Contratante da su consentimiento anticipado e irrevocable para que toda controversia de esta naturaleza pueda ser sometida a cualquiera de los procedimientos arbitrales establecidos en los párrafos 3. b. Y c. de este artículo.*
 - 5. El laudo arbitral será definitivo y vinculante para las partes de la disputa. Ambas Partes Contratantes deberán comprometerse a la observancia del laudo.*
 - 6. Los mecanismos para la resolución de disputas establecidos en este Acuerdo estarán basados en las disposiciones de este, acuerdo, en la legislación nacional de la Parte Contratante en cuyo territorio ha sido realizada la inversión, incluyendo las reglas relacionadas con conflicto de leyes, en los principios generales de derecho, y en los principios evidenciados por la práctica general de los estados y aceptada como derecho y opinio juris.*
 - 7. Antes de decidir sobre el fondo del asunto, el tribunal decidirá sobre las cuestiones preliminares de competencia y admisibilidad. Al decidir sobre la objeción del demandado, el tribunal deberá pronunciarse sobre los costos y honorarios legales incurridos durante el proceso, considerando si la objeción prosperó o no. El tribunal considerará si la reclamación del demandante o la objeción del demandado es frívola o no y deberá proveer a las partes contendientes una oportunidad razonable para comentar. Siguiendo las reglas de arbitraje aplicables, en caso de una demanda frívola, el tribunal deberá condenar en costas a la parte demandante”*

2.7. Durante la época de campaña electoral para las últimas elecciones presidenciales de la República de Colombia, el candidato Andrés Mendoza, quien se evidencia como el candidato favorito según la mayoría de las encuestas electorales, manifestó, a través de un comunicado de prensa³, algunas de sus posturas respecto asuntos como (i) futuro de inversión extranjera y (ii) comercio de productos azucarados.

Frente a dichos aspectos, dejó clara su postura de fomentar el desarrollo de empresas nacionales y su clara intención de disminuir las inversiones extranjeras y reducir el consumo de bebidas azucaradas en el territorio nacional, pues consideró que, uno de sus pilares ante su eventual gobierno, consistiría en la lucha contra la obesidad y su principal estrategia, sería la creación de impuestos a las bebidas azucaradas y la promoción de una industria alimentaria sana.

³ Nota de Prensa del Espectador del 25 de mayo de 2021, en la que el candidato presidencial indicó que, su partido político se basará con calidad y afecto, cero muertes por hambre, lucha contra el sobrepeso y la obesidad, impuesto a las bebidas azucaradas y promoción de una industria alimentaria sana.

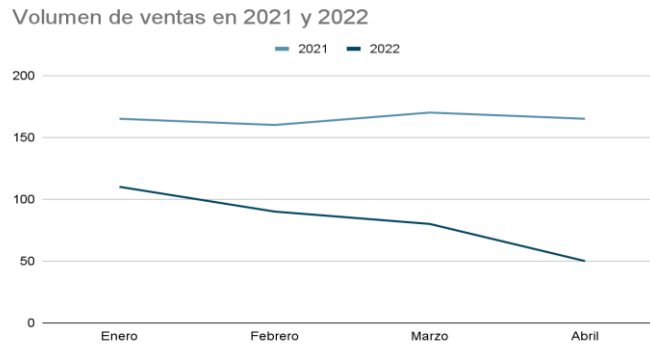
Así mismo, durante la última semana de campaña electoral, la Revista Semana publicó una investigación periodística, en la cual se conoció algunas de las empresas y gremios que habían realizado aportes y donaciones económicas a la campaña presidencial del candidato Andrés Mendoza, entre las cuales se encontraba la empresa REFRESK-T.

- 2.8.** El Gobierno de Colombia en el año 2021, con la llegada de su nuevo presidente de la República, Sr. Andrés Mendoza, impulsó y sancionó una reforma tributaria, la cual fue aprobada por el Congreso de la República por medio de la Ley 1719 del 29 de diciembre de 2021, a través de la cual creó un impuesto del 25% a las bebidas azucaradas y los servicios usados para la producción, enajenación y distribución de las bebidas, impuesto que se aplicaba a las bebidas teniendo en cuenta la cantidad de mililitros y gramos de azúcar presentes en cada bebida:

Bebida (mililitros)	Cantidad de azúcar (gramos)	Tarifa
Botella 400 ml	45 gr	500 pesos
Botella 800 ml	90 gr	1.500 pesos
Botella 1.600 ml	180gr	2.000 pesos

- 2.9.** A partir del mes de enero de 2022, la Dirección de Impuestos del Estado de Colombia, dentro de sus facultades legales, inició una estrategia de recaudo del impuesto antes mencionado, frente a lo cual la Compañía EXPOSUGAR, quien trasladó el impuesto al costo total del azúcar que vendía a sus clientes que fabricaban bebidas azucaradas, en particular a la Compañía FRESH DRINK y comenzó a facturar con la nueva lista de precios, a partir de 01 marzo de 2022, todas las ventas realizadas desde el 01 de enero de 2022.

- 2.10.** Afectados con la situación anterior, el 30 de abril de 2022 el Sr. Samuel Martín Eggas, Chief Executive Officer (CEO) de la empresa FRESH DRINK, emitió un comunicado, señalando que la Compañía EXPOSUGAR, había modificado unilateralmente las condiciones del contrato suscrito y que por tanto se veía en la obligación de terminar el Acuerdo de suministro, así mismo le informó a sus clientes y las cadenas de supermercados aliadas, que dejaría de vender el producto ULTRA FRESH en el territorio colombiano a partir del 01 de mayo de 2022, pues debido al alza en el precio del producto, durante el primer cuatrimestre del 2022 se habían registrado ventas de 50 millones de cajas del ULTRAFRESH, cifra notoriamente inferior respecto al mismo período del año anterior, cuyas ventas correspondían a 660 millones de cajas y muy inferior a las cantidades de venta proyectadas para 2022, correspondiente a 680 millones de cajas de enero a abril, situación que además la ubico en un cuarto lugar en ventas, por debajo de la empresa Colombina de Bebidas S.A.S, según la publicación del 28 de abril de la Revista “Dinero”



- 2.11.** En respuesta, el 02 de mayo de 2022 la Compañía EXPOSUGAR emitió un comunicado donde manifestó que la decisión de incrementar los costos del insumo obedecía al cambio de regulación y normatividad en materia tributaria, que afectaba directamente el costo del insumo, lo cual la exoneraba del pago de cualquier perjuicio derivado del incremento de costos y que en todo caso, era responsabilidad de la legislación de la República de Colombia y de sus autoridades.
- 2.12.** En 03 mayo de 2022, la Compañía FRESH DRINK envió una carta al Ministerio de Exterior de la República de Colombia manifestando su intención de demandar al Estado Colombiano, por la presunta violación del Tratado de Libre Comercio suscrito entre República del Cahoz y la República de Colombia, ratificado por ambas naciones en 2005, en su carta la Compañía señaló los detalles de la inversión afectada, los motivos de afectación y los derechos y principios vulnerados del Tratado, en razón a la expedición de la Ley 1719 del 29 de diciembre de 2021, a través del cual el Estado colombiano impuso una carga tributaria que impacto el nivel de ventas del producto, frente a la cual el Ministerio no dio respuesta alguna.
- 2.13.** El día 05 de abril de 2022 el Ministerio del Exterior dio respuesta a la carta, señalando que no era intención del estado colombiano violar sus compromisos con otras naciones, ni afectar la inversión de FRESH DRINK, por lo que instó a la Compañía a reajustar su modelo de negocio y acoger practicas más saludables en la fabricación de su bebida.
- 2.14.** El día 01 de junio de 2022 FRESH DRINK COMPANY dio respuesta al comunicado del Ministerio del Exterior y expuso que el crecimiento de su producto en los diferentes mercados atendía a la fórmula del producto y sus componentes, por lo que cambiarlos implicaría prácticamente el desarrollo de un producto diferente.
- 2.15.** El 14 de octubre de 2022 la Compañía FRESH DRINK interpuso una demanda contra el Estado de Colombia ante CIADI (Centro Internacional de Arreglo de Diferencias), argumentando que había una grave violación al Tratado de Libre Comercio suscrito entre la Republica del Cahoz y la República de Colombia, en razón a la expedición de la Ley 1719 del 29 de diciembre de 2021, a través del cual el Estado colombiano impuso una carga tributaria a FRESH DRINK que la obligó a salir del estado colombiano y que

representaba la vulneración a los estándares de i) trato justo y equitativo y trato nacional por parte de la República de Colombia y (ii) la configuración de una expropiación indirecta de su inversión en el país.

3. ASPECTOS OBJETO DE ANÁLISIS:

3.1. Aplicación de cláusula compromisoria.

3.2. La posible vulneración al Tratado de libre comercio celebrado entre la República del Cahoz y la República de Colombia y los estándares de protección de la inversión y el inversionista extranjero.

3.3. Alcance y modalidades de la inversión extranjera.

4. PROBLEMAS JURÍDICOS

4.1. Determinar si por parte de República de Colombia existió una vulneración de los estándares de i) trato justo y equitativo y (ii) trato nacional del Tratado de libre Comercio celebrado con la República del Cahoz, con la expedición de la Ley 1719 de 2021, a través del cual impuso una carga tributaria a las bebidas azucaradas, que conllevó a la salida del inversionista FRESH DRINK COMPANY del territorio.

4.2. Determinar si el registro de la marca ULTRA FRESH de propiedad de FRESH DRINK en la República de Colombia, representa una inversión extranjera.

4.3. Determinar si por parte de la República de Colombia se dio una expropiación indirecta a la inversión de la compañía FRESH DRINK, al imponer un impuesto a la producción y comercialización azúcar destinada a las bebidas azucaradas.

4.4. Determinar si la compañía FRESH DRINK está legitimada para demandar a la República de Colombia, teniendo en cuenta que su domicilio principal registrado se encuentra en la República de Danqui.

5. FUENTES.

5.1. Normas

Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965

CONPES 3684 de 2010, Fortalecimiento de la Estrategia del Estado para la Prevención y Atención de Controversias Internacionales de Inversión.

Ley 1355 de 2009, Por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención.

Ley 1449 de 2011, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la Promoción y protección de Inversiones entre República de Colombia y la República de la India, ratificado por medio de la Ley firmado el 10 de noviembre de 2009

Constitución Política de Colombia, 1991.

5.2.Laudos

5.2.1. Jurisdicción objetiva (Definición de inversión).

- Kaiser Bauxita c. Jamaica, Decisión sobre competencia de 6 de julio de 1975, CIADI, Reports, vol.1, 1993.
- Salini Costruttori SpA. And Italstrade SpA c Kingdom of Morocco, Decisión sobre competencia del 23 de julio de 2002, CIADI Case No. ARB/00/4), Pey Casado and President Allende Foundation c. Chile, Decisión sobre Competencia del 08 de mayo de 2008, CIADI. Case No. ARB/98/2 Award. Párrafo, Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. Egypt, Decisión sobre competencia del 16 de junio de 2006. CIADI Case No. ARB/40/13. Párrafo 91.

5.2.2. Jurisdicción subjetiva (Definición de la nacionalidad contraparte)

- Kaiser Bauxita c. Jamaica, Decisión sobre competencia de 6 de julio de 1975, CIADI, Reports, Vol.1, 1993.
- SPP (ME) LTDA y SPP LTDA c Egipto, Laudo del 20 de mayo de 1992, CIADI. Reports, Vol. 3, 1995.

“El Tribunal de arbitramento declaró que las dos sociedades demandantes eran de Hong Kong ya que su sede principal se encontraba en dicho lugar”

- MINE c Guinea, Laudo del 06 de enero de 1988, CIADI. Reports, Vol.4, 1997.
- AMCO c Indonesia. Decisión sobre competencia del 25 de septiembre de 1983, CIADI, Reports, vol.1, 1993
- GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS, S.L c. República de Guinea Ecuatorial, Laudo del 04 de diciembre de 2015, CIADI, Caso No. ARB(AF) 12/2.

5.2.3. Fondo de la controversia.

- ARCHER DANIELS MINDLADN COMPANY y TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC. c Los Estados Unidos Mexicanos, Laudo 21 de noviembre de 2007, CIADI.

- BURLINGTON RESOURCES, INC. v. República de Ecuador, Laudo 7 de febrero de 2017 (Caso CIADI No. ARB/08/5).
- BEAR CREEK MINING CORPORATION c. República de Perú, Laudo 30 de noviembre de 2017 (Caso CIADI No. ARB/14/21).
- S.D. MYERS INC C. Gobierno de Canadá, Laudo Final conforme al TLCAN sobre el fono del asunto, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI, párrafo 251
- POPE & TALBOT C Gobierno de Canadá, Laudo Provisional dictado en el marco del TLCAN, 26 de junio de 2022, CNUDMI

5.3.Doctrina

Broches, A. *The Convention on the settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States, en Selected Essays. World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law*, Martinus Nijhoff, Dordrech, 1995.

Masiá, Enrique: *Arbitraje en inversiones extranjeras: el procedimiento arbitral en el CIADI*, Tirant lo Blanch, 1ª edición, 2004.

Urrea Salazar, Mj., *El arbitraje en la contratación pública internacional: consideraciones derivadas del arbitraje institucional del CIRDI*, RCEA, 1996.

V.S.K. Nathan K; *Submissins to the Internacional Centre for Settlement of Investment Disputes in Breach of the Conventions*, J, Int'l Arb., Vol. 12, no. 1, 1995.

Castro Peña, M.N. 2017. *El Estado colombiano ante un arbitraje internacional de inversión. Revista Derecho del Estado*. 38 (jun. 2017), 23–66.

Álvarez Contreras, J.M. 2022. La revisión constitucional de los acuerdos internacionales de inversión y la protección del derecho a la igualdad de los inversionistas locales . *Revista Derecho del Estado*. 52 (abr. 2022), 409–440.

Mortimore, M. Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe, cepal. Serie Desarrollo Productivo.

García Matamoros, L. 2018. La relación entre las políticas de inversión extranjera en Colombia y los acuerdos internacionales de inversión. *ACDI - Anuario Colombiano de Derecho Internacional*.

Márquez Escobar, Pablo & Villegas, Lorenzo, “Regulación e inversión extranjera: los tratados de promoción recíproca de inversiones y el estándar de trato justo y equitativo”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2009, pp. 155-180.

ROBLEDO, Jorge Enrique. Artículo “TLC, medicamentos y “expropiación indirecta”, de 7 de septiembre de 2006.

www.moir.org.co/index.php?idcategoria=17029&ts=5a39307b24aa3649bffb17cb2519cbe&PHPSESSID=0eb6e36

Sánchez Mussi, Adriana, International Minimum Standard of Treatment, Georgetown, Asociación Americana de Derecho Internacional Privado, 2008, en <http://asdip.files.wordpress.com/2008/09/mst.pdf>, consultado el 1 de abril 2012.

6. ANÁLISIS DEL CASO

6.1. Incumplimiento al Tratado de Libre Comercio:

Problema: Determinar si por parte de República de Colombia existió una vulneración a los estándares de i) trato justo y equitativo y ii) trato nacional del Tratado de libre Comercio celebrado con la República del Caohz, con la expedición de la Ley 1719 de 2021, a través del cual impuso una carga tributaria a las bebidas azucaradas, que conllevó a la salida del inversionista Fresh Drink Company del territorio.

Normas Aplicables:

- Tratado de Libre Comercio (TLC) entre República del Caohz y la Republica de Colombia.
- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965.
- Ley 1449 de 2011, por medio de la cual se aprueba el “Acuerdo para la Promoción y protección de Inversiones entre República de Colombia y la República de la India, ratificado por medio de la Ley firmado el 10 de noviembre de 2009.
- Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969

Laudos aplicables

- ARCHER DANIELS MINDLADN COMPANY y TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC. c Los Estados Unidos Mexicanos, Laudo 21 de noviembre de 2007, CIADI.
- S.D. MYERS INC C. Gobierno de Canadá, Laudo Final conforme al TLCAN sobre el fondo del asunto, 13 de noviembre de 2000, CNUDMI, párrafo 251
- POPE & TALBOT C Gobierno de Canadá, Laudo Provisional dictado en el marco del TLCAN, 26 de junio de 2022, CNUDMI

Posturas de las Partes:

Demandante - Fresh Drink Company	Demandado - República de Colombia
<p>A través de la Reforma Tributaria del 2021 la República de Colombia violó el TLC suscrito con República del Cahoz, en concreto los Artículos 3 “<i>promoción y protección de inversiones</i>” y Artículo 4 “<i>trato nacional y trato de nación más favorecida</i>”⁴ y por ende los estándares de protección de la inversión por los motivos que se expondrán a continuación:</p> <p>i) Trato justo y equitativo: este estándar si bien incluye la obligación expresa de los Estados contratantes a no denegar justicia en procedimientos de naturaleza penal, civil o administrativa y el debido proceso, también busca fomentar por parte de cada Estado la promoción de la inversión extranjera, para lograr un marco estable para la inversión⁵.</p> <p>Lo anterior, se evidencia en el preámbulo del TLC suscrito entre República del Cahoz y República de Colombia, que indica que el propósito de ambos Estados es “<i>intensificar la cooperación económica en beneficio de ambas Partes</i>”, así como la creación de condiciones favorables para las inversiones de inversionistas de ambos territorios, circunstancia que no se evidencia en este caso.</p> <p>En ese sentido, por parte de la República de Colombia se han tomado medidas tendientes a obstaculizar el mantenimiento y el disfrute de la inversión realizada por FRESH DRINK,</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. La República de Colombia es un territorio conocido como un país cuya salud pública y el bienestar social, son temas de relevancia nacional, pues existen preocupantes indicadores que expresan una prevalencia de personas con exceso de peso del 56,4 %, según la Encuesta Nacional de la Situación Nutricional en Colombia ENSIN, y cuenta con la ley 1355 de 2009, a través de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a la obesidad, como una prioridad de salud pública y adopta medidas para su control, atención y prevención. Es decir que, Colombia es un país cuyos propósitos deben incluir las problemáticas nacionales y sus servidores públicos deben enfocar sus esfuerzos en propender por superar las problemáticas nacionales. 2. La creación y regulación de un impuesto tributario a las bebidas azucaradas, como una medida de mitigación de los impactos negativos en la salud pública de los colombianos, no puede entenderse como una medida violatoria del Tratado de Libre Comercio ratificado por Colombia mediante la Ley 1719 de 2021, toda vez que, la inversión realizada por parte de la empresa Fresh Drink Company, no se ha visto afectada por la implementación de los

⁴ Se recuerda que el TLC suscrito entre República del Cahoz y la República de Colombia, es idéntico al “*Acuerdo para la Promoción y protección de Inversiones entre República de Colombia y la República de la India*” firmado el 10 de noviembre de 2009, por lo que los artículos señalados podrán ser revisados a través del siguiente link: <https://www.tlc.gov.co/getattachment/acuerdos/a-internacional-de-inversion/contenido/acuerdos-internacionales-de-inversion-suscritos/india/texto-final-del-acuerdo/texto-final-del-acuerdo-india.pdf.aspx>

⁵ Lo anterior, de acuerdo con lo señalado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, la cual en su artículo 31 indica que “*El tratado se interpretará de buena fe de acuerdo con el significado ordinario que se le dará a los términos del tratado en su contexto y a la luz de su objeto y propósito*”.

correspondiente al posicionamiento de la marca ULTRA FRESH, debidamente registrada, con la cual se identifica a bebidas azucaradas distribuidas en el territorio colombiano, lo anterior, a través de una medida fiscal que la afecta única y exclusivamente a esta Compañía extranjera, como se entrará a detallar a continuación.

ii) Trato nacional: el tratado impone el deber a los Estados parte de otorgar “*a los inversionistas e inversiones un trato que no sea menos favorable que el otorgados a los inversionistas nacionales en circunstancias similares*”. Siendo esta disposición la muestra clara de la prohibición general de discriminación basada en la nacionalidad, tanto de iure, como de facto⁶

En ese orden de ideas, el impuesto establecido por el Estado colombiano, a través de la Ley 1719 de 202, favorece de forma clara y directa a los inversionistas e inversiones nacionales frente a los competidores extranjeros, pues al imponer un impuesto del 25% a las bebidas azucaradas y a los servicios usados para la producción, enajenación y distribución de las bebidas, impuesto que se aplica a las bebidas teniendo en cuenta la cantidad de mililitros y gramos de azúcar presentes en cada una, se afecta de forma exclusiva a la inversión de la empresa FRESH DRINK COMPANY.

Lo anterior, queda en evidencia con la publicación del 28 de abril de 2022 de la Revista “Dinero”, la cual ubica a FRESH

tributos, pues la creación de un tributo hace parte de la manifestación soberana de un país. Al contrario, es posible que la afectación manifestada por el demandante, haga parte de un efecto positivo en la conciencia que la ciudadanía ha logrado obtener, después de haber recibido capacitaciones, sensibilizaciones y retroalimentaciones de las consecuencias relacionadas con el daño a la salud que puede llegar a hacer el azúcar en el organismo de los ciudadanos.

3. Si bien es claro que hubo una disminución en las ventas de Fresh Drink Company durante el primer cuatrimestre del 2022, lo cierto es que, lo que conllevó a dicha compañía a salir del mercado colombiano, fue la conciencia de los colombianos frente al autocuidado de su salud y no la implementación de una medida tributaria producto de la soberanía nacional.⁹
4. Las medidas tributarias implementadas no fueron dirigidas exclusivamente hacia la empresa Fresh Drink en particular, por lo tanto, no es pertinente hablar de vulneración al trato justo y equitativo pactado en el TLC.
5. La República de Colombia es un país soberano, y dicho atributo, reside en toda la población nacional, por lo tanto, el poder público del país debe garantizar que dicha soberanía se ejerza y no se puede ver limitada por el Tratado de Libre Comercio

⁶ Entendida la primera como aquellas medidas que aparentemente tratan a las entidades de manera diferente, y la segunda como aquella cuyas medidas que aparentemente son neutras, pero que conllevan a un trato diferenciado, como se señala en el caso ARCHER DANIELS MINDLADN COMPANY y TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC. c Los Estados Unidos Mexicanos, Laudo 21 de noviembre de 2007, párrafo 193.

⁹ En relación con la expropiatoria sin compensación a la luz de una medida regulatoria, tribunales arbitrales como el de Methanex vs. Usahan manifestado que, cuando una regulación de interés público sea no discriminatoria, y la misma respete el debido proceso, a pesar de que afecte a un inversionista extranjero esta por sí misma no se considera expropiatoria y compensable.

<p>DRINK en el cuarto lugar de ventas de bebidas azucaradas a nivel nacional, por debajo de la empresa Colombina de Bebidas S.A.S, después de haber ocupado el primer lugar durante aproximadamente cinco años, previo a la imposición del gravamen⁷.</p> <p>Es así como, estando la Republica de Colombia en la obligación de otorgar a FRESH DRINK el mejor trato que Colombia otorgará los miembros de la industria nacional de bebidas azucaradas, no lo hizo, pues el producto ULTRA FRESH fue sometido a un régimen fiscal más gravoso que aquel al que se encontraban sometidos los productos nacionales similares, por lo que el Tribunal debe declarar la violación de los estándares de trato justo y equitativo y trato nacional por parte de la República de Colombia y en consecuencia, condenarla al pago de los perjuicios económicos derivados de la imposición de la medida discriminatoria⁸.</p>	<p>entre República del Cahoz y Republica de Colombia¹⁰.</p> <p>6. A lo largo del desarrollo del Tratado de Libre Comercio ratificado por las mencionadas naciones, la República de Colombia ha garantizado rigurosamente principios como el debido proceso, la buena fe, transparencia, protección de las inversiones y las expectativas legítimas del inversionista, aspectos que, según García Matamoros 2018, son generalmente incorporados en los acuerdos internacionales de inversión y que, al cumplirse en su integridad, denotan una buena fe por parte de la República de Colombia frente al TLC.</p> <p>Así mismo, como lo expresan Márquez Escobar y Villegas Carrasquilla (2009), lo “justo y equitativo”, significa en parte que, su protección sustancial se determina en relación con el estándar internacional mínimo¹¹.</p>
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

⁷ Para determinar el impacto de la medida fiscal sobre FRESH DRINK y la publicación señalada, se debe traer a colación el caso S.D. MYERS INC C. Gobierno de Canadá (CNUDMI, Laudo Final conforme al TLCAN sobre el fono del asunto, 13 de noviembre de 2000, párrafo 251) y el caso POPE & TALBOT C Gobierno de Canadá (CNUDMI, Laudo Provisional dictado en el marco del TLCAN, 26 de junio de 2022) a través de los cuales el respectivo Tribunal señaló que la expresión “circunstancias similares” inmersas en dichos tratados, buscaba que se comparará a empresas que funcionaban en el mismo sector económico o empresarial, como en el caso en cuestión, donde se compara a empresas distribuidoras de bebidas azucaradas en Colombia.

⁸ Véase el caso ARCHER DANIELS MINDLADN COMPANY y TATE & LYLE INGREDIENTS AMERICAS, INC. c Los Estados Unidos Mexicanos, Laudo 21 de noviembre de 2007, CIADI, por medio del cual, el Tribunal declaró que la modificación en la legislación tributaria de los Estados Unidos Mexicanos resultó en la aplicación de impuestos distintos a productos en competencia directa, lo que constituía un trato discriminatorio y contrario al principio de trato nacional y por ende violaba las disposiciones el Capítulo XI del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN).

¹⁰ Constitución Política de Colombia, art. 3, el cual expresa que, *la soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece.*

¹¹ Los inversionistas extranjeros tienen derecho a un cierto nivel de tratamiento. Si se acepta esta visión, algunas de las dificultades que se presentaban en la primera postura podrían ser superadas, ya que hay un cuerpo sustancial de jurisprudencia y doctrina sobre el estándar mínimo internacional (Ian Brownlie, Principles of Public International Law, 502-505 (6th ed., Oxford University Press, New York, 2004).

6.2. Inversión Extranjera:

Problema: Determinar si el registro de la marca ULTRA FRESH de propiedad de FRESH DRINK en la República de Colombia, representa una inversión extranjera.

Normas Aplicables:

- Tratado de Libre Comercio (TLC) entre República del Cahoz y la Republica de Colombia
- Decisión 486 de 2000.
- Ley 1455 de 2011.
- Régimen Colombiano de inversiones internacionales, desarrollado a través de la Resolución 51 DE 1991, Decreto 1068 de 2015 y el Decreto 119 de 2017.

Laudos aplicables:

- Kaiser Bauxita c. Jamaica, Decisión sobre competencia de 6 de julio de 1975, CIADI, Reports, Vol.1, 1993.
- Salini Costruttori SpA. And Italstrade SpA c Kingdom of Morocco, Decisión sobre competencia del 23 de julio de 2002, CIADI Case No. ARB/00/4)
- Pey Casado and President Allende Foundation c. Chile, Decisión sobre Competencia del 08 de mayo de 2008, CIADI. Case No. ARB/98/2 Award. Párrafo,
- Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. Egypt, Decisión sobre competencia del 16 de junio de 2006. CIADI Case No. ARB/40/13. Párrafo 91.

Posturas de las Partes:

Demandante - Fresh Drink Company	Demandado - República de Colombia
<p>1. Las naciones de República del Cahoz y República de Colombia a través del TLC ratificado en 2005, establecieron de forma expresa en su artículo primero, que se entendería por inversión “<i>todo tipo de activos y derechos de toda naturaleza, adquiridos de acuerdo con la legislación del país receptor de la inversión y en particular, los siguientes: ...Todo tipo de derecho de propiedad intelectual, incluyendo expresamente patentes, marcas y secretos comerciales</i>”¹²</p>	<p>1. A la luz del Tratado de Libre Comercio (TLC) ratificado por Colombia con la República del Cahoz, a través de la Ley 1719 de 2021, la inversión de la empresa Fresh Drink Company, no se constituye como una inversión extranjera, toda vez que, tanto el domicilio principal, como la normatividad para la creación de dicha sociedad se realizó a partir de lo previsto en la República de Danqui, país que no hace parte del Tratado de Libre Comercio (TLC) en cuestión, ni cuenta con un</p>

¹² Para entender este punto es importante traer a colación el Laudo Kaiser Bauxita c. Jamaica, (*Decisión sobre competencia de 6 de julio de 1975, CIADI, Reports, vol.1, 1993*) a través del cual el Tribunal señaló que debería otorgársele un gran peso a la voluntad de las partes a la hora de definir los requisitos de jurisdicción objetiva

<p>2. La sociedad Fresh Drink con el fin de obtener la protección de la inversión realizada en la República de Colombia, en lo que respecta a la venta del producto bajo la marca ULTRA FRESH, procedió a registrar esta última marca ante la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, cuyo registro fue concedido el 13 de enero de 2017, bajo el expediente No. 03103687, de conformidad con lo señalado en la Decisión 486 de 2000.</p> <p>3. Adicionalmente, si no es suficiente la definición libre y autónoma de inversión, realizada por la República de Colombia y República del Cahoz, hay que señalar que el registro de la marca ULTRA FRESH de propiedad de la Compañía FRESH DRINK, también cumple con los requisitos para ser considerada una inversión a la luz del denominado “test de Salini”¹³, en la medida que:</p> <p>(i) Implica la realización de una contribución económica por parte de FRESH DRINK en el territorio colombiano, la cual va desde los gastos de registro, hasta los de posicionamiento de marca;</p>	<p>tratado suscrito con la República de Colombia.</p> <p>2. Como consecuencia de lo anterior, la definición de inversionista contenida en el artículo primero del Tratado de Libre Comercio (TLC) suscrito y ratificado entre la República del Cahoz y la República de Colombia, el cual expresa:</p> <p><i>“1. Inversionista 1. El término “inversionista” significa una persona física o natural o una entidad de una de las Partes Contratantes que haya realizado inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante de conformidad con su legislación nacional”.</i></p> <p>Dicha definición no le es aplicable, ni involucra a la República de Danqui, país originario de la empresa Fresh Drink. Lo que nos permite concluir que la sociedad no goza de la calidad de inversionista a la luz de dicho tratado.</p> <p>3. El desarrollo comercial de la empresa Fresh Drink Company no constituye inversión, toda vez que son un activo establecido por un inversionista que creó</p>
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

del CIADI, en particular, lo que ellas definen como inversión, por lo que se interpreta que las Naciones tienen la potestad de determinar todo aquello que cobijará el concepto de inversión, como en este caso las marcas comerciales registradas en cada país firmante del Tratado.

¹³ Figura incorporada inicialmente en el Laudo Salini Costruttori SpA. And Italstrade SpA c Kingdom of Morocco, (Decisión sobre competencia del 23 de julio de 2002, CIADI Case No. ARB/00/4) Caso sobre la construcción de una carretera en Marruecos por parte de una empresa italiana, donde tras ciertos conflictos relacionados con los pagos, la empresa constructora la demandó ante el Ciadi en virtud del TBI existente entre ambos países. En dicha oportunidad, el Tribunal señaló una serie de criterios para definir lo que era una inversión: “La doctrina generalmente considera que una inversión implica: contribuciones, una cierta duración en la ejecución del contrato y la participación en los riesgos de la transacción (Commentary by E. Gaillard, cited above, p. 292). Al leer el preámbulo del Convenio, uno podría agregar la contribución al desarrollo del Estado receptor de la inversión como una condición adicional.” (para 52). Test aplicado en otras decisiones como Pey Casado and President Allende Foundation c. Chile (Decisión sobre Competencia del 08 de mayo de 2008, CIADI. Case No. ARB/98/2 Award. Párrafo 91), o Jan de Nul N.V. Dredging International N.V. c. Egypt, (Decisión sobre competencia del 16 de junio de 2006. CIADI Case No. ARB/40/13. Párrafo 91).

<p>(ii) es una inversión que tiene duración en el tiempo, pues lleva cinco años registrada;</p> <p>(iii) implica la asunción de riesgo para FRESH DRINK, dado que el simple registro de la marca no es suficiente para su posicionamiento en el mercado colombiano, puesto que depende del nivel de aceptación del producto por parte de los nacionales colombianos;</p> <p>(iv) trae una contribución al estado receptor, así como a su industria de debidas y para los consumidores que cuentan con otra oferta en el mercado, puesto que con la alianza comercial entre la empresa colombiana EXPOSUGAR a partir de 2015, se promovió a la industria agroindustrial del territorio colombiano, dedicada particularmente al cultivo y refinamiento de azúcar.</p> <p>Así mismo, dada la relación con las cadenas de supermercados más grandes de Colombia, la marca ULTRA FRESH se convirtió en la bebida de mayor venta en el mercado colombiano desde 2017 hasta 2021, en las presentaciones <i>“botella plástica mini, botella plástica personal y botella plástica familiar”</i>, favoreciendo a sus aliados comerciales colombianos y a las autoridades recaudadoras de gravámenes fiscales.</p>	<p>su empresa con la normatividad de un país que no hace parte del TLC y que si bien desarrolla sus negocios en la República de Colombia atendiendo su legislación, lo cierto es que,</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

6.3.Expropiación indirecta:

Problema: Determinar si por parte de la República de Colombia se dio una expropiación indirecta a la inversión de la compañía FRESH DRINK, al imponer un impuesto a la producción y comercialización azúcar destinada a las bebidas azucaradas.

Normas Aplicables:

- Ley 1355 de 2009: La cual establece que la obesidad es una prioridad de salud pública.
- Ley 1449 de 2011: Acuerdo para la promoción y protección de inversiones entre la República de Colombia y la República de la India

Laudos aplicables:

- BURLINGTON RESOURCES, INC. v. República de Ecuador, Laudo 7 de febrero de 2017 (Caso CIADI No. ARB/08/5).
- BEAR CREEK MINING CORPORATION c. República de Perú, Laudo 30 de noviembre de 2017 (Caso CIADI No. ARB/14/21).

Posturas de las Partes:

Demandante - Fresh Drink Company	Demandado - República de Colombia
<p>La República de Colombia violó lo dispuesto en el TLC celebrado con República del Cahoz, en concreto lo señalado en el <i>Artículo 6. Expropiación</i>, al configurarse la expropiación indirecta de la inversión realizada por FRESH DRINK, en el territorio colombiano, correspondiente al posicionamiento de la marca “ULTRA FRESH” la cual se encontraba debidamente registrada desde el 13 de enero de 2017, derivada de la medida legislativa tomada por el Gobierno colombiano en 2021.</p> <p>Lo anterior, teniendo en cuenta el análisis factico exigido por el Artículo 5 del TLC, correspondiente a:</p> <p>i) Impacto económico de la medida: la medida legislativa trajo un impacto económico adverso sobre el valor de la inversión realizada por Fresh Drink, lo cual se evidencia con la disminución progresiva del nivel de ventas del producto ULTRA</p>	<p>1. Colombia es un país que goza de soberanía fiscal y potestad tributaria, la cual le permite crear impuestos y estrategias económicas que lo impulsen a hacer frente a sus problemáticas nacionales, específicamente las relacionadas con la mitigación de los impactos que perjudican la salud pública de los colombianos, entre los cuales se encuentran la creación de impuestos para los productos, insumos, materiales o artefactos que, a través de estudios científicos, puedan generar un riesgo para la salud de sus ciudadanos. Incluso, sin aceptar que para el caso particular se haya presentado la expropiación de la inversión extranjera de la empresa demandante, es importante aclarar que, cuando se presenten situaciones de interés público enfrentadas con el cumplimiento de un acuerdo entre partes, el interés público prevalecerá¹⁶.</p>

¹⁶ En el ejercicio de la soberanía es permitido que los Estados, para la protección del interés público, tomen medidas expropiatorias siempre que estas sean adoptadas por motivos de bienestar general, no sean discriminatorias o arbitrarias, se respete el debido proceso y se realice un pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización (Castro Peña, M.N. 2017).

<p>FRESH, desde la imposición de la medida, lo que a su vez llevo a la empresa FRESH DRINK a salir del territorio colombiano y dejar de distribuir el producto desde el 01 de mayo de 2022.</p> <p>ii) La extensión de la medida es discriminatoria: la Reforma Tributaria impuesta a través de la Ley 1719 del 29 de diciembre de 2021, por medio de la cual se creó un impuesto del 25% a las bebidas azucaradas y a los servicios usados para la producción, enajenación y distribución de las bebidas, corresponde a una medida de carácter permanente y no transitorio, que afecta directa y exclusivamente la venta de bebidas azucaradas del producto ULTRA FRESH en el territorio colombiano.</p> <p>Pues desde la entrada en vigencia de la misma en 2022, el nivel de ventas del producto ULTRA FRESH, 2022, bajo considerablemente, lo que llevo a que se posicionaría en un cuarto nivel de ventas, (después de haber ocupado el primer lugar durante cinco años consecutivos) respecto a sus competidores nacionales, los cuales no se vieron afectados.</p> <p>iii) La medida interfirió con las expectativas distinguibles y razonables de la inversión: desde el año 2017 hasta 2021 el nivel de ventas del producto ULTRA FRESH, había sido notoriamente alto, lo que ubicaba a FRESH DRINK como la empresa con las ventas más altas en el territorio colombiano, por lo que su proyección de ventas para el año 2022, era mayor a la del año anterior, teniendo en</p>	<ol style="list-style-type: none"> 2. Las acciones tributarias implementadas por Colombia no son discriminatorias, toda vez que fueron diseñadas para proteger objetivos legítimos de la nación, consistentes en la protección a la salud, acciones que son razonables para lograr los objetivos de la nación. 3. Así mismo, la empresa FRESHDRINK ofrece al mercado diferentes productos que no fueron gravados con la reforma tributaria, lo que evidencia la ausencia de persecución o discriminación. 4. La disminución en las ventas de la empres FRESH DRINK, obedece a que las campañas de salud publica realizadas por el Ministerio de Salud Colombiano, han sido efectivas y las personas ya no consumen la misma cantidad de bebidas azucaradas que consumían los años anteriores.¹⁷ 5. Finalmente, es preciso indicar que, a diferencia de otras naciones, en Colombia todos los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República y aprobados por el Congreso, se encuentran sujetos al control previo de constitucionalidad automático por parte de la Corte Constitucional, el cual es vinculante¹⁸.
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹⁷ Carlos Pablo Márquez-Escobar, Expropiación mediante regulación: Inversión extranjera, tratados de promoción de inversiones y el poder de policía de la administración, 11 Revista International Law, 13-68 (2004).

¹⁸ Constitución Política de Colombia, art. 241

<p>cuenta el comportamiento del mercado y sus ventas en años anteriores.</p> <p>iv) Relación entre la medida y la intención de expropiar: durante la época de campaña electoral, el ahora presidente, el señor Andrés Mendoza, manifestó de forma clara que buscaba fomentar el desarrollo de empresas nacionales y su intención de disminuir las inversiones extranjeras¹⁴, circunstancia que quedo en evidencia con la Reforma tributaria del 2021, a través de la cual, afecto a la empresa extranjera FRESH DRINK, llevándola a salir del territorio colombiano¹⁵</p>	
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--

6.4.Legitimación por Activa:

Problema: Determinar si la compañía FRESH DRINK está legitimada para demandar a la República de Colombia, teniendo en cuenta que su domicilio principal registrado se encuentra en la República de Danqui.

Normas Aplicables:

- Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, Washington 1965.

Laudos aplicables:

- Kaiser Bauxita c. Jamaica, Decisión sobre competencia de 6 de julio de 1975, CIADI, Reports, Vol.1, 1993.
- SPP (ME) LTDA y SPP LTDA c Egipto, Laudo del 20 de mayo de 1992, CIADI. Reports, Vol. 3, 1995.

¹⁴ Nota de Prensa del Espectador del 25 de mayo de 2021, en la que el candidato presidencial indicó que, su partido político se basará con calidad y afecto, cero muertes por hambre, lucha contra el sobrepeso y la obesidad, impuesto a las bebidas azucaradas y promoción de una industria alimentaria sana.

¹⁵ Adicional a lo dispuesto en el TLC suscrito entre República de Colombia y República del Cahoz, vale la pena señalar que estos mismos requisitos han sido señalados en otros casos, para identificar si existe o no expropiación indirecta, como en el caso BEAR CREEK MINING CORPORATION c. República de Perú (Laudo 30 de noviembre de 2017, Caso CIADI No. ARB/14/21), por medio del cual el Tribunal indico que se cumplen los requisitos para la identificación de una expropiación indirecta en la actuación del Estado, cuando: (i) Existió un impacto económico que afectó el valor económico de la inversión. (ii) La medida legislativa interfirió con expectativas inequívocas y razonables de la inversión del Demandante. (iii) La medida tomada por el Gobierno es justificable y se basa en motivos ilegales”

- MINE c Guinea, Laudo del 06 de enero de 1988, CIADI. Reports, Vol.4, 1997.
- AMCO c Indonesia. Decisión sobre competencia del 25 de septiembre de 1983, CIADI, Reports, vol.1, 1993
- GRUPO FRANCISCO HERNANDO CONTRERAS, S.L c. República de Guinea Ecuatorial, Laudo del 04 de diciembre de 2015, CIADI, Caso No. ARB(AF) 12/2.

Posturas de las Partes:

Demandante - Fresh Drink Company	Demandado - República de Colombia
<p>1. Entre la República del Cahoz y la República de Colombia, existe un Tratado de Libre Comercio (TLC) ratificado por ambas naciones en 2005, a través del cual indican, en su artículo primero, que el término de inversionista también aplica para aquellas sociedades, cuyos controlantes o propietarios sean nacionales del Estado contratante del Tratado, siempre que la inversión se haya efectuado de conformidad con las disposiciones del Estado receptor de la inversión.</p> <p><i>“Artículo primero. Definiciones. Para efectos del presente Acuerdo se tendrán como:</i></p> <p>1. <i>Inversionista. El término “inversionista” significa cualquier nacional o cualquier sociedad de una de las Partes Contratantes que realice inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante (...) Las inversiones realizadas en el territorio de una Parte Contratante por una sociedad que sea propiedad o esté efectivamente controlada por inversionistas de la otra Parte contratante, se considerarán igualmente inversiones realizadas por la Parte Contratante, siempre que se hayan efectuado conforme a las disposiciones legales de la primera Parte Contratante”</i></p> <p>2. La sede material de FRESH DRINK es la República del Cahoz, por lo que</p>	<p>1. Entre la República de Danqui y la República de Colombia no existe un Tratado de Libre Comercio (TLC) vigente, que obligue a las dos naciones frente a los aspectos que la compañía FRESH DRINK se encuentra demandando, por lo tanto, no existiría legitimación por activa frente a un eventual proceso entre la mencionada compañía y la República de Colombia.</p> <p>2. Si bien las dos naciones involucradas acordaron que cualquier disputa podían ser resueltas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), lo cierto es que, las partes en ningún momento han expresado su voluntad por escrito de someter sus diferencias ante determinado órgano juzgador y dicho consentimiento en ningún caso puede ser unilateral²¹. Tal y como se expresa en el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965, el cual fue suscrito por ambas Repúblicas (Colombia y Cahoz).</p> <p>3. La empresa Fresh Drink Company en ningún momento ha modificado su domicilio principal, por lo tanto su sede</p>

²¹ Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones 1818 H Street, N.W. Washington, D.C. 20433, EE.UU., art. 25.

<p>resulta aplicable el TLC firmado entre dicha Nación y la República de Colombia, no solo por lo dispuesto en su Artículo primero, sino porque además ahí se encuentran ubicados:</p> <ul style="list-style-type: none"> i. <i>El domicilio principal de sus accionistas o propietarios</i>¹⁹; ii. <i>Su planta de fabricación,</i> iii. <i>Su centro de distribución y despacho,</i> iv. <i>El lugar de facturación</i>²⁰ <p>2. Finalmente, ambas Repúblicas (Colombia y Cahoz) suscribieron el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados del 18 de marzo de 1965.</p> <p>Adicionalmente, a través del TLC celebrado por ambos Estados, éstos acordaron en su Artículo noveno, que cualquier disputa entre los inversionistas de un Estado y el otro Estado contratante podían ser resueltas por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), por lo que FRESH DRINK se encuentra legitimada para demandar a la República de Colombia ante el referido Centro.</p>	<p>principal continúa ubicándose en la República de Danqui y es en ese domicilio principal, en donde la compañía centraliza todos sus intereses como entidad. Dicho domicilio principal no se puede confundir con otra nación.</p>
--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

¹⁹ Sobre este aspecto es relevante mencionar el Laudo MINE c Guinea, (Laudo del 06 de enero de 1988, CIADI, Reports, Vol.4, 1997) por medio del cual, el Tribunal aceptó que la empresa MINE tenía nacionalidad suiza, aunque había sido constituida en Liechtenstein. teniendo en cuenta el acuerdo de nacionalidad suscrito entre las partes y basándose en el control efectivo, pues estaba bajo el control de accionistas suizos. Así mismo, en el Laudo Grupo Francisco Hernando Contreras, S.L c. República de Guinea Ecuatorial (Laudo del 04 de diciembre de 2015, CIADI, Caso No. ARB(AF) 12/2), el Tribunal concluyó que debía ser aplicado el APRI firmado entre el Reino de España y la República de Guinea, dado que la empresa controlante de la sociedad en República de Guinea tenía como domicilio el Reino de España.

²⁰ Respecto a los puntos *ii* a *iv* se debe mencionar el Laudo AMCO c Indonesia. (Decisión sobre competencia del 25 de septiembre de 1983, CIADI, Reports, vol.1, 1993) donde el Tribunal señaló que la empresa PT AMCO -Sociedad local- poseía la nacionalidad indonesia debido al lugar donde tenía su sede real.